

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF180095-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

## Urteil vom 14. Januar 2019

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsgegner und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **AG**,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. \_\_\_\_\_ und / oder Rechtsanwältin Dr. iur.  
Y2. \_\_\_\_\_,

betreffend **Ausweisung (Rechtsschutz in klaren Fällen)**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom  
7. Dezember 2018 (ER180075)

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei dem Gesuchsgegner unter Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu befehlen, die gewerblich nutzbare Fläche im Erdgeschoss von ca. 117m<sup>2</sup> und den Lagerraum im 1. UG von ca. 18m<sup>2</sup> der Liegenschaft C. \_\_\_\_\_-Gasse ..., D. \_\_\_\_\_, unverzüglich vertragskonform geräumt und gereinigt zu verlassen und der Gesuchstellerin zurückzugeben.
2. Es sei das zuständige Stadtammannamt D. \_\_\_\_\_, ... [Adresse], anzuweisen, den zu erlassenden Ausweisungsbefehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners."

**Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 7. Dezember 2018:**

(act. 13 [= act. 10 = act. 15])

1. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, die gewerblich nutzbare Fläche von ca. 117 m<sup>2</sup> im Erdgeschoss und den Lagerraum von ca. 18 m<sup>2</sup> im 1. Untergeschoss der Liegenschaft C. \_\_\_\_\_-Gasse ... in D. \_\_\_\_\_ unverzüglich vertragskonform geräumt und gereinigt zu verlassen und der Gesuchstellerin zurückzugeben, unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall.
2. Das Stadtammannamt D. \_\_\_\_\_ wird angewiesen, nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist auf Verlangen der Gesuchstellerin die Verpflichtung des Gesuchsgegners gemäss Ziffer 1 dieses Urteils zu vollstrecken. Die Kosten für die Vollstreckung sind von der Gesuchstellerin vorzuschüssen, sind ihr aber vom Gesuchsgegner zu ersetzen.  
  
Diese Anweisung ist gültig bis 8. März 2019.
3. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'900.–. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten gemäss Ziffer 3 dieses Urteils werden dem Gesuchsgegner auferlegt. Sie werden aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen, sind ihr aber vom Gesuchsgegner zu ersetzen.
5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.– zu bezahlen.
6. Mitteilungen.
7. Rechtsmittelbelehrung.

**Berufungsanträge des Gesuchsgegners und Berufungsklägers:**  
(act. 14 S. 2)

- " 1. In Abänderung von Dispositiv-Ziff. 1 des angefochtenen Urteils sei festzustellen, dass Mietobjekt an der C.\_\_\_\_-Gasse ... in D.\_\_\_\_ zu verlassen;
2. Die aufschiebende Wirkung sei zu erteilen.
3. Alles unter ausgangsgemässer Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zu Lasten der Beklagten."

**Erwägungen:**

1.

1.1. A.\_\_\_\_ ist Mieter einer gewerblich nutzbaren Fläche von ca. 117m<sup>2</sup> im Erdgeschoss sowie eines Lagerraumes von ca. 18m<sup>2</sup> im 1. Untergeschoss der Liegenschaft C.\_\_\_\_-Gasse ... in D.\_\_\_\_. Der monatliche Mietzins beträgt Fr. 2'965.– (vgl. act. 3/1-3). Mit Schreiben vom 13. Juni 2018 mahnte die Vermieterin den Mieter u.a. wegen ausstehender Mietzinse für die Monate April 2018 bis Juni 2018 und setzte ihm eine 30-tägige Zahlungsfrist an, unter Androhung der ausserordentlichen Kündigung gemäss Art. 257d OR bei unbenutztem Fristablauf (vgl. act. 3/5). Am 26. Juli 2018 kündigte die Vermieterin den Mietvertrag mittels amtlich genehmigtem Formular per 31. August 2018 (vgl. act. 3/4).

1.2. Mit Eingabe vom 24. Oktober 2018 stellte die Vermieterin beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach (nachfolgend Vorinstanz) gestützt auf Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen) ein Ausweisungsbegehren (vgl. act. 1). Mit Urteil vom 7. Dezember 2018 hiess die Vorinstanz das Ausweisungsgesuch gut. Sie verpflichtete den Mieter antragsgemäss, die Mietobjekte unverzüglich vertragskonform geräumt und gereinigt zu verlassen und der Vermieterin zurückzugeben, unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall. Gleichzeitig wies die Vorinstanz das Stadttammannamt D.\_\_\_\_ an, diesen Entscheid auf Begehren der Vermieterin zu vollstrecken (vgl. act. 13 [= act. 10 = act. 15]). Dagegen erhob der Mieter mit Eingabe vom 20. Dezember 2018 (Datum Poststempel) rechtzeitig Berufung, mit welchem er die vorab angeführten Anträge stellte (vgl. act. 14, zur Rechtzeitigkeit siehe act. 11).

1.3. Mit Verfügung vom 21. Dezember 2018 wurde auf das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht eingetreten (vgl. act. 17). Den Kostenvorschuss von Fr. 1'400.– für das Berufungsverfahren leistete der Mieter auf erste Aufforderung hin (vgl. act. 17-19). Auf die Einholung einer Berufungsantwort wurde verzichtet (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-11). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Mit der Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2.2. Die Berufung erfolgte fristgerecht, und der Mieter ist zur Berufung legitimiert, da er durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

3.

3.1. Nach der Vorinstanz liegt ein in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht klarer Fall vor. Sie erwog, der Mieter habe die Gültigkeit der ausserordentlichen Kündigung nicht bestritten (vgl. act. 13 S. 4 E. 4.2.), und die Parteien hätten keinen neuen Mietvertrag abgeschlossen (vgl. act. 13 S. 5 f. E. 5).

3.2. Gemäss Ziffer 1 der Berufungsanträge möchte der anwaltlich vertretene Mieter festgestellt haben, dass er das Mietobjekt zu verlassen habe. Eine Begründung dazu fehlt. In seiner Eingabe vertritt der Mieter immerhin die Auffassung, die Kündigung sei nichtig, und es sei konkludent ein neuer Mietvertrag zustande gekommen. Sinngemäss ist deshalb davon auszugehen, dass er die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und das Nichteintreten auf das Ausweisungsbegehren der Vermieterin verlangt. Darauf ist im Folgenden einzugehen, verbunden mit dem Bemerkten, dass es ansonsten an einer nachvollziehbaren Begründung der Berufung fehlte und auf diese nicht einzutreten wäre.

3.3. Der Mieter begründet die Nichtigkeit mit der Nichteinhaltung der Kündigungsfrist von Art. 257d Abs. 2 OR. Seiner Ansicht nach sei die Vorinstanz fälschlicherweise von einer am 28. Juli 2018 erfolgten Zustellung der Kündigung ausgegangen, obwohl die Zustellfiktion erst sieben Tage nach dem ersten Zustellungsversuch greife. Die Kündigung gelte somit frühestens als am 3. August 2018 als zugestellt und sei daher nichtig (vgl. act. 14 S. 5 Rz 1).

Die Ausführungen des Mieters zur Nichtigkeit der Kündigung sind neu. Unabhängig davon, ob sie zulässig sind (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO), vermögen sie am angefochtenen Entscheid nichts zu ändern, und zwar aus den folgenden Gründen: Bei der Zustellung einer Mahnung nach Art. 257d Abs. 1 OR (und bei der Mitteilung der Mietzinserhöhung im Sinne von Art. 269d OR) gelangt die eingeschränkte (neuerdings auch "relative") Empfangstheorie zur Anwendung. Kann die eingeschriebene Postsendung dem Adressaten (oder einer von ihm ermächtigten Person) nicht direkt ausgehändigt werden und wurde eine Abholungseinladung mit der Angabe der Aufbewahrungsfrist bei der Post in den Briefkasten oder das Postfach gelegt, so gilt die Sendung in dem Zeitpunkt als zugestellt, in dem sie der Empfänger tatsächlich am Postschalter abholt, oder, falls dies nicht innerhalb der Aufbewahrungsfrist von sieben Tagen geschieht, am siebten und letzten Tag dieser Abholfrist. Bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen wie der Kündigung gilt hingegen die gewöhnliche Empfangstheorie (neuerdings auch "absolute" genannt). Nach dieser Theorie entfaltet die Kündigung ihre Wirkungen, sobald sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt. Hinterlässt die Post – wie hier – eine Abholungseinladung, so gilt die Kündigung als zugegangen, sobald es dem Empfänger zumutbar ist, der Abholungseinladung Folge zu leisten. In der Regel ist das der Tag, an dem die Sendung auf der Post erstmals abgeholt werden kann (vgl. BGE 140 III 244 E. 5.1 = Pra 103 [2014] Nr. 95 sowie BGE 137 III 208 E. 3.1.2 und E. 3.1.3 = Pra 100 [2011] Nr. 106 je m.w.H.).

Dass der Mieter die Zahlungsaufforderung vom 13. Juni 2018 am 14. Juni 2018 abgeholt hatte (vgl. act. 3/5+6), ist belegt und unbestritten. Der Fristenlauf zur Begleichung des Zahlungsrückstandes begann am Tag nach dem Empfang der Zahlungsaufforderung, somit am 15. Juni 2018, und endete 30 Tage später,

das heisst am 14. Juli 2018. Da dieser Tag ein Samstag war, verlängerte sich die Zahlungsfrist bis zum nächsten Werktag und damit bis 16. Juli 2018 (vgl. Art. 78 Abs. 1 OR und Art. 1 des Bundesgesetzes über den Fristenlauf an Samstagen [SR 173.110.3]). Die Einladung zur Abholung der Kündigung erhielt der Mieter am 27. Juli 2018. Folglich hätte er die Kündigung am 28. Juli 2018 abholen können (vgl. act. 3/7). Die Kündigung gilt damit als am 28. Juli 2018 zugestellt. Da die Vermieterin die Kündigung per Ende August 2018 ausgesprochen hat, hat sie die Minimalfrist von Art. 257d Abs. 2 OR eingehalten. Selbst wenn die Vermieterin diese Frist nicht eingehalten hätte, würde dies die Kündigung in ihrer grundsätzlichen Gültigkeit nicht beeinträchtigen. Die Kündigung hätte ihre Wirkung einfach erst per Ende September 2018 entfaltet (vgl. Art. 266a Abs. 2 OR, siehe dazu etwa ZK-HIGI, Art. 257d N 54).

3.4. Der Mieter bringt ferner vor, es sei konkludent ein neues Mietverhältnis begründet worden, weil die Vermieterin nach der Kündigung Mietzinszahlungen entgegengenommen habe. Er – der Mieter – habe daher auf die Weiterführung des Mietverhältnisses vertrauen dürfen (vgl. act. 14 S. 5 Rz 2).

Verbleibt der Mieter nach dem Kündigungstermin weiterhin im Mietobjekt, schuldet er für die Dauer des unrechtmässigen Verbleibs einen der Höhe des Mietzinses entsprechenden Schadenersatz. Ein neuer konkludent geschlossener Mietvertrag kann begründet werden, wenn der Vermieter während einer genügend langen Zeit darauf verzichtet, die Rückgabe des Mietobjekts zu verlangen und in dieser Zeit vorbehaltlos Mietzins entgegennimmt. Die Frage, wie lange der Vermieter untätig gewesen sein muss, damit ein konkludenter Vertragsschluss anzunehmen ist, hängt nicht nur vom Zeitfaktor, sondern auch von den übrigen Umständen des konkreten Einzelfalles ab. Je kürzer die Zeit, desto entscheidender sind die übrigen tatsächlichen Umstände, je grösser der Zeitraum, umso weniger fallen diese übrigen Umstände ins Gewicht. Eine Untätigkeit des Vermieters während zweieinhalb Monaten genügt für sich allein nicht zur Annahme eines neuen Vertragsabschlusses (vgl. OGer ZH PF170019 vom 12. Juni 2017 E. 4.4. und OGer ZH LF150049 vom 26. Oktober 2015 E. 5.2. sowie Entscheid des Bundesgerichts vom 28. März 1995 publiziert in: mp 3/95 S. 161-165).

Das Mietverhältnis endete – wie ausgeführt – am 31. August 2018. Bereits am 23. Oktober 2018, also rund sieben Wochen später, reichte die Vermieterin die Ausweisklage ein. Der Mieter durfte nur schon deshalb nicht darauf schliessen, dass stillschweigend ein neuer Mietvertrag geschlossen worden ist. Obwohl die Vermieterin in dieser kurzen Zeit nicht verpflichtet war, den Mieter darauf hinzuweisen, dass sie weitere Zahlungen unter dem Titel "Schadenersatz" oder "Nutzungsentgelt" entgegennehmen und sie nicht als Mietzins auffassen werde, hatte sie ihm mit Schreiben vom 8. Oktober 2018 ausdrücklich mitgeteilt, dass die Zahlung von Fr. 7'995.– (= 3 x Fr. 2'665.–) als Rückzahlung von bestehenden Schulden betrachtet werde, und dies kein neues Mietverhältnis begründen würde (vgl. act. 9/1). Umstände, die auf einen konkludenten Vertragsschluss hinweisen würden, sind weder ersichtlich noch bringt der Mieter in seiner Berufung solche vor.

3.5. Nach dem Dargelegten wurde der Mietvertrag per 31. August 2018 gültig aufgelöst und der Ausweisungsbefehl zu Recht erteilt. Die Berufung ist damit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 7. Dezember 2018 ist zu bestätigen.

4.

4.1. Die von der Vorinstanz festgesetzte Entscheidgebühr sowie die Parteientschädigung wurden in der Berufung nicht angefochten. Sie sind daher ohne Weiteres zu bestätigen. Zuzufolge Abweisung der Berufung ist auch die Verteilung dieser Kosten zu bestätigen.

4.2. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wird der Mieter auch für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz ging von einem Streitwert von Fr. 17'790.– aus, entsprechend sechs monatlichen Bruttomietzinsen à Fr. 2'965.– (vgl. act. 13 E. 6.2.), was nicht beanstandet wurde und für das Berufungsverfahren zu übernehmen ist. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist daher in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'400.– festzusetzen.

4.3. Entschädigungen sind keine zuzusprechen: Dem Mieter nicht, weil er unterliegt, der Vermieterin nicht, weil ihr in diesem Verfahren keine entschädigungspflichtigen Umtriebe entstanden sind.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist. Das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 7. Dezember 2018 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'400.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Berufungskläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage von act. 14, sowie an die Vorinstanz und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 15'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.



Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. O. Canal

versandt am: